

# Ausschreibung und Vergabe

## TARIFTREUE

### Mindestlohn

*Nordrhein-Westfalen darf bei Ausschreibungen keinen Mindestlohn für Auftragnehmer aus dem europäischen Ausland vorschreiben. Das nordrhein-westfälische Tariftreue- und Vergabegesetz verstößt gegen europäisches Recht. (EuGH vom 18. September 2014 – AZ C-549/13)*

Die Entscheidung ist brisant, weil die Bundesdruckerei – eine Tochtergesellschaft des Bundes – das nordrhein-westfälische Gesetz vor der Vergabekammer Arnberg angriff. Die Bundesdruckerei wollte einen polnischen Subunternehmer einsetzen und deshalb keinen Mindestlohn von 8,62 Euro akzeptieren.

Der Europäische Gerichtshof bestätigt auf Vorlage der Vergabekammer, dass der europaweite Mindestlohn gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt. Ein Mitgliedstaat darf unterschiedliche Lohnniveaus nicht zulasten von Unternehmen in anderen Staaten nivellieren.

Was bedeutet das für die öffentlichen Aufträge in Deutschland? Wer sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, ist für Arbeiten im Ausland nicht an deutsche Mindestlöhne gebunden. Er kann selbst oder über Subunternehmer zum Beispiel Busse in Ungarn bauen oder Computer aus Indien zuliefern lassen.

## BAUAUFTRAG

### Anmietung

*Ein Mietvertrag zwischen öffentlicher Hand und privatem Vermieter stellt einen öffentlichen Bauauftrag dar, wenn der Vermieter sich darin verpflichtet, das betreffende Mietobjekt noch zu errichten. (EuGH vom 10. Juli 2014 – AZ C-213/13)*

Ist das an den öffentlichen Auftraggeber zu vermietende Gebäude noch nicht errichtet, sei davon auszugehen, dass der Hauptgegenstand des Mietvertrages in der Errichtung liegt. Denn diese ist für die spätere Vermietung zwingend erforderlich. Der

Umstand, dass die Mieteinnahmen deutlich niedriger sind als die Gesamtkosten des Gebäudes, ändert hieran nichts.

Voraussetzung ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Bauleistungsmerkmale festgelegt oder zumindest die Bauplanung beeinflusst hat.

Liegen diese Voraussetzungen vor, sind die Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden. Der Ausnahmestandard für Mietverträge nach Paragraph 100 Abs. 5 Nr. 2 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ist nicht erfüllt.

## VERHANDLUNGSVERFAHREN

### Dringlichkeit

*Ein Verhandlungsverfahren aufgrund Dringlichkeit unterliegt hohen Anforderungen. Insbesondere müssen die Gründe unvorhersehbar gewesen sein. Wichtig ist zudem, dass der Auftraggeber Ausnahmestände genau dokumentiert. (OLG Celle vom 24. September 2014 – AZ 13 Verg 9/14)*

Die Wasserschutzpolizei Niedersachsen benötigte stärkere Motoren. Sie forderte drei Marktteilnehmer zur Angebotsabgabe auf. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb rechtfertigte sie mit Dringlichkeit. Ein Bieter machte geltend, der Auftrag hätte europaweit ausgeschrieben werden müssen. Das OLG Celle gab ihm recht.

Die Wahl dieser Verfahrensart komme nur in akuten Gefahrensituationen und Fällen höherer Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erforderten. Diese Gründe müssten unvorhersehbar gewesen sein. An die Unvorhersehbarkeit sind hohe Anforderungen zu stellen. Im konkreten Fall sei seit Längerem absehbar gewesen, dass die Motorleistung unzureichend ist.

Wird in der Ausschreibung die Dringlichkeit nicht im Einzelnen begründet, so kann der Bieter die Rechtswidrigkeit des Verfahrens auch noch nach Angebotsabgabe geltend machen.

## ALTTEXTILIEN

### Dienstleistung

*Das Recht, Alttextilienbehälter aufzustellen, darf als Dienstleistungskonzession vergeben werden. (OLG Celle vom 8. September 2014 – AZ 13 Verg 7/14)*

Eine Kommune vergab die Konzession, Altkleidercontainer aufzustellen und die Altkleider zu verwerten. Als Gegenleistung sollte der Konzessionär ein Entgelt zahlen und die Alttextilien ordnungsgemäß entsorgen.

Das Gericht qualifizierte den Vertrag als Dienstleistungskonzession, weil die Kommune keine Gegenleistung erbringt, sondern nur Gelegenheit zur Verwertung gibt.

Die Kommune wird nicht vorübergehend Eigentümer der Altkleider. Daher wendet sie dem Sammler insoweit auch nichts zu, sondern der Sammler erwirbt die Altkleider direkt von den Nutzern. Die Kommune darf den Sammler verpflichten, die Container zu leeren und die Kleidung zu entsorgen. Auch das begründet kein vergaberechtliches Auftragsverhältnis. Kommunen dürfen aber nicht pauschal die Verträge zu Alttextilien als Dienstleistungskonzession einordnen. Je nach genauer Ausgestaltung kann darin ein vergabepflichtiger Auftrag liegen.

## BIETERIDENTITÄT

### Aufklärung

*Zweifel an der Bieteridentität sind durch Auslegung auszuräumen. Scheitert die Auslegung, darf der Auftraggeber aufklären. Auch bei der Angebotswertung bleibt ein Ausschluss wegen mangelnder Eignung möglich. (OLG Hamburg vom 29. April – AZ 1 Verg 4/13)*

Einzelbieter oder Bietergemeinschaft? Diese Frage kam im konkreten Fall erst bei der Angebotswertung auf. Der Auftraggeber bat den Bieter um Aufklärung und erteilte den Zuschlag. Dagegen ging ein unterlegener Bieter vor. Das Gericht gab ihm recht.

Zeigen sich Eignungszweifel erst bei der Angebotswertung, darf der Auftraggeber auf eine abgeschlossene Wertungsstufe zurückgehen. Dies gilt ebenso, wenn sich Zweifel an der Bieteridentität ergeben. Etwaige Fragen muss ein Auftraggeber durch Auslegung ausräumen. Erst wenn diese erfolglos bleibt, darf der Auftraggeber den Bieter zur Aufklärung einbinden.

## ZUSCHLAG

### Änderungen

Wird das Angebot des Bieters im Zuschlagsschreiben nur verändert angenommen, kommt kein Vertrag zustande. (OLG Naumburg vom 26. Juni 2014 – AZ 9 U 5/14)

## Recht



Enthält das Zuschlagsschreiben gegenüber dem Angebot Änderungen oder Ergänzungen, ist dies als Ablehnung (verbunden mit einem neuen Angebot) zu werten. Ein Vertrag kann in einem Vergabeverfahren nur dann zustande kommen, wenn auf das Angebot rechtzeitig und ohne Änderung der Zuschlag erteilt wird.

Auftraggeber sollten das Zuschlagsschreiben möglichst kurz halten. Grundsätzlich genügt die Erklärung, dass der Zuschlag auf das Angebot erteilt wird.

## BEKANNTMACHUNG

### Berichtigung

Der Auftraggeber kann einen Fehler im bereits veröffentlichten Bekanntmachungstext korrigieren, wenn er den berichtigten Text im gleichen Medium veröffentlicht. (OLG Naumburg vom 30. April – AZ 2 Verg 2/14)

Ist der Bekanntmachungstext einer Ausschreibung mehrdeutig, kann dies die Bieter in ihren subjektiven Rechten verletzen, weil das Verfahren nicht transparent ist. Korrigiert der Auftraggeber den mehrdeutigen Text, muss er den Bewerbern eine angemessene Restbewerbungsfrist einräumen.

Für die Frist ist nicht entscheidend, ob in dieser Zeit ein Teilnahmeantrag und dessen Übermittlung noch möglich gewesen wäre, sondern ob ein Teilnahmeantrag in hoher Qualität mit echten Auswahlchancen erstellt werden kann.

## AUFHEBUNG

### Schadensersatz

Hebt der Auftraggeber die Ausschreibung unzulässigerweise auf, kann der für den Zuschlag vorgesehene Bieter Schadensersatz verlangen. In Ausnahmefällen kann

dieser sogar auf das positive Interesse gerichtet sein. (OLG Saarbrücken vom 18. Juni 2014 – AZ 1 U 4/13)

Prüft der Auftraggeber im Vorfeld nicht ausreichend, ob die ausgeschriebene Maßnahme auch durchführbar ist, hat er den Aufhebungsgrund selbst zu vertreten. Zwar ist der Auftraggeber nicht gezwungen, den Zuschlag zu erteilen. Er ist dem Bieter gegenüber jedoch zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet.

Ute Jasper / Jens Biemann

## DIE AUTOREN

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf ([www.heuking.de](http://www.heuking.de)) und leitet die Pracuce Group „Öffentlicher Sektor und Vergabe“. Dr. Jens Biemann ist Rechtsanwalt der Kanzlei.

## @ ONLINE

Weitere Urteile finden Sie auf [gemeinderat-online.de](http://gemeinderat-online.de) > Rechtsprechung



## AKTUELLE WEBPROJEKTE

EINFACH VORBEIKOMMEN  
UND INFORMIEREN:  
[WWW.STIMME.NET](http://WWW.STIMME.NET)



WIR SIND STIMME.NET  
DIE TYPO3-INTERNETAGENTUR AUS HEILBRONN.

Gerne beraten wir Sie kostenlos und unverbindlich.  
Rufen Sie uns an 07131 615-416

[www.stimme.net](http://www.stimme.net)  
[info@stimme.net](mailto:info@stimme.net)

FÜR JEDE BRANCHE DIE RICHTIGE LÖSUNG!

STIMME NET

Zukunftsbereit. Leistungsstark.  
Wirtschaftlich und sicher.

AZV Unteres Sulmtal

AKTUELLES PROJEKT [www.azv-unteres-sulmtal.de](http://www.azv-unteres-sulmtal.de)